

Los derechos de la infancia entre el tutelarismo y la política

Los derechos de la infancia entre el tutelarismo y la política

Análisis crítico de los fallos de la Corte
Suprema de Justicia de la Nación en materia
de infancia (2003-2013)

Apéndice con el análisis de las sentencias en materia
de infancia contra el Estado argentino de la Corte
Interamericana de Derechos Humanos (2003-2013)

Emilio García Méndez
(compilador)
Jimena Núñez
Laura Rodríguez


ediciones**Didot**

García Méndez, Emilio

Los derechos de la infancia entre el tutelarismo y la política / Emilio García Méndez ; Laura Rodríguez ; Jimena Nuñez. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Didot, 2019.

Libro digital, PDF/A

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-987-3620-59-1

1. Derechos del Niño . 2. Derechos Humanos. 3. Infancia. I. Rodríguez, Laura. II. Nuñez, Jimena. III. Título.
CDD 341.48572



Auspician esta publicación el Ministerio de Desarrollo Social y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Santa Fe

©ediciones **Didot**

© Emilio García Méndez

1° ed. 2015

Hecho el depósito en ley 11.723

Libro de edición argentina

ISBN 978-987-3620-59-1

ediciones**Didot**

Te. (+5411) 6624-5381/4771-9821

Arévalo 1830, CABA (1414)

www.edicionesdidot.com

didot@edicionesdidot.com

Diseño de tapa: Michelle Kenigstein

ÍNDICE

Criterios de selección de los fallos	15
Las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de infancia: entre el tutelarismo y la política	19
EMILIO GARCÍA MÉNDEZ	
FALLOS CIVILES	
Parte A. Jurisprudencia civil	
LAURA RODRÍGUEZ	
CAPÍTULO I:	
Adopción y restitución de personas menores de edad. A propósito del doble estándar de la Corte en las consecuencias que se le atribuyen al transcurso del tiempo	47
1. La postura de la Corte Suprema de Justicia sobre adopción. Cuando el interés superior del niño justifica hechos ilícitos	48
2. Los derechos vulnerados por la postura de la Corte en materia de adopción:	56
2.a) <i>La vulneración del consentimiento informado de la madre del niño</i>	56

2.b) <i>La vulneración del consentimiento informado del padre del niño</i>	60
2.c) <i>La vulneración del derecho del niño a participar en el proceso de adopción que sin dudas lo afecta</i>	61
2.d) <i>La vulneración del derecho del niño a vivir con su familia ampliada</i>	63
3. Las consecuencias de la postura de la Corte cuando decide convalidar guardas preadoptivas irregulares, a propósito de la condena de responsabilidad internacional al Estado argentino en el fallo “Fornerón”	65
4. Nuestra posición sobre la doctrina de la Corte Federal	67
5. La postura de la Corte sobre restitución internacional de personas menores de edad, cuando el interés superior del niño hace cesar hechos ilícitos	71
6. Nuestra posición sobre la postura de la Corte	76
7. Las interpretaciones tutelares del interés superior del niño o la falta de consideración de sus opiniones es un elemento común, tanto para la adopción como para la restitución internacional	77
8. Algunas conclusiones preliminares a modo de cierre	78

CAPÍTULO II:

Las limitaciones al derecho de defensa técnica de los niños, niñas y adolescentes, en los antecedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

1. La postura de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la figura del abogado del niño. Cuando la designación de un abogado de confianza depende de la discrecionalidad judicial	81
2. Los derechos vulnerados por la postura de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	85
3. Nuestra posición sobre la postura de la Corte	88
4. La postura de la Corte referida a las consecuencias de la falta de intervención del asesor de menores. Cuando esta falta de intervención trae como consecuencias la nulidad de la intervención	90

5. Nuestra posición sobre la postura de la Corte	91
6. Diferencias entre la figura del asesor de menores y la figura del abogado de confianza	94
7. Algunas conclusiones preliminares a modo de cierre	95

CAPÍTULO III.

Los límites al ejercicio de la responsabilidad parental a la luz de los derechos de los niñas, niños y adolescentes

1. La postura de la Corte Suprema de Justicia en materia de ejercicio de la responsabilidad parental	97
2. Nuestra posición sobre la postura de la Corte. Luces y sombras de la resolución de la Corte	100
3. De la patria potestad hacia la responsabilidad paternal y el respeto de los derechos de los niños	101
4. El derecho a la salud y el ejercicio de la responsabilidad parental	107
5. Algunas conclusiones preliminares a modo de cierre	110

CAPÍTULO IV:

Los derechos de niños, niñas y adolescentes en el ámbito de las relaciones de familia. En un escenario de continuos retrocesos y tímidos avances

1. Aclaraciones preliminares. La constitucionalización del derecho de familia y la postura asumida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación	114
2. La postura de la Corte Suprema de Justicia en materia de tenencia, régimen de vinculación y filiación	115
3. Los derechos vulnerados por la postura de la Corte. La Corte Suprema de Justicia de la Nación solo logra garantizar, de modo tímido, algunos de los derechos de los niñas, niños y adolescentes, pero continúa vulnerando otros	118
3.a) <i>El derecho de los niños a ser cuidados por ambos progenitores, en función de su idoneidad y sin discriminaciones arbitrarias</i>	119

<i>3.b) La tensión entre el derecho del niño a preservar sus relaciones familiares, a expresar su opinión y su derecho a no ser víctima de situaciones de abuso y violencia</i>	123
<i>3.c) La reiterada vulneración del derecho a la identidad, en este caso, en cuestiones de filiación</i>	125
4. Algunas conclusiones preliminares a modo de cierre	127

CAPÍTULO V:

El derecho de los niños a la convivencia familiar cuando sus madres son privadas de su libertad

1. La postura de la Corte sobre prisión domiciliaria y el derecho de vinculación familiar de mujeres madres de hijos menores de cinco años	129
2. Los derechos vulnerados por la postura de la Corte	135
<i>2.a) La prisión domiciliaria de mujeres madres de hijos menores de cinco años y el cumplimiento parcial del principio del interés superior del niño</i>	135
<i>2.b) El desconocimiento del interés superior del niño en el caso de mujeres madres de hijos menores detenidas en unidades penitenciarias ajenas al centro de vida de sus hijos. Cuando las formas prevalecen sobre el fondo de la cuestión</i>	140
<i>2.c) La falta de participación de los niños involucrados en el conflicto es una constante</i>	141
3. Algunas conclusiones preliminares a modo de cierre	143

FALLOS PENALES

Parte B. Jurisprudencia Penal

JIMENA NÚÑEZ

CAPÍTULO VI:

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuestiones de naturaleza penal vinculadas a los menores de edad (2003-2013)	147
1. Consideraciones previas	148

2. El problema de la privación de la libertad y la idea de “protección” de los niños en el expediente tutelar. El fallo “García Méndez”	149
2.a) <i>La declaración de inconstitucionalidad. ¿Facultad o no de la CSJN? Ambigüedades en su aplicación</i>	153
2.b) <i>La protección como fundamento de la discrecionalidad en materia de privación de la libertad y su ilegitimidad</i>	157
2.b.1) <i>Afectación de los principios constitucionales básicos en materia de privación de libertad: Principio de Inocencia, principio de legalidad, principio de derecho penal de acto, el debido proceso, el derecho a la tutela judicial efectiva</i>	160
2. c) <i>Breves conclusiones sobre el fallo “García Méndez”</i>	168
3. La Corte Suprema de Justicia de la Nación y el intento de constitucionalización del decreto-ley 22.278. Los fallos “Maldonado”, “Marteau” y “Valdez”	169
3.a) <i>Las posturas de la Corte en materia de imputación de la pena, la ausencia del principio de especialidad y las penas excesivas: fallo “Maldonado”</i>	170
3.a.1) <i>Breve reseña</i>	170
3.a.2) <i>La ausencia del principio de especialidad. Vulneración de la Convención de los Derechos del Niño (artículo 40)</i>	171
3.a.3) <i>Estados de peligrosidad. Omisión de declarar inconstitucional el decreto-ley 22.278. La aplicación de penas excesivas: penas y tratos crueles e inhumanos</i>	173
3.b) <i>La discrecionalidad absoluta en la necesidad o no de imponer pena: ¿Interés superior del niño? Los fallos “Marteau” y “Valdez”</i>	175
4. El eufemismo de la internación tutelar y el encubrimiento de la prisión preventiva de menores. El fallo “LLA” y “DNF”	182
5. La suspensión del juicio a prueba y el derecho a ser oído. El fallo “RMJL”	186
6. La postura de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de garantías procesales. Los fallos “Villar” y “Maidana”	190

6.a) <i>La doble conforme y su aplicación en la justicia argentina de menores (artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos): fallo “Villar”</i>	190
6.b) <i>El derecho de defensa en juicio: su aplicación en el fallo “Maidana”</i>	192
7. <i>Algunas conclusiones a modo de cierre</i>	195

FALLOS DE LA CIDH

Parte C. Jurisprudencia Civil de la CIDH

LAURA RODRÍGUEZ

CAPÍTULO VII:

A propósito del caso “Fornerón” y la que hubiese sido una posible propuesta digna del Estado argentino	199
---	-----

1. La situación fáctica. Las entregas directas y la vulneración del derecho a la identidad y al debido proceso legal	199
2. La actitud adoptada por el Estado argentino implicó perder la posibilidad de una salida digna para Argentina	204
3. La solución justa llegó recién con la sentencia de la Corte Interamericana diez años después	208
4. Algunas conclusiones preliminares y antecedentes jurisprudenciales de tribunales inferiores y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a modo de cierre	211

CAPÍTULO VIII:

El caso “Sebastian Furlan”: un Estado indecente	219
--	-----

1. La situación fáctica	219
2. La actitud adoptada por el Estado argentino implicó perder la posibilidad de una salida digna para Argentina	221
3. La solución justa llegó recién con la sentencia de la Corte Interamericana	224
4. Algunas conclusiones preliminares a modo de cierre	227

Parte D. Jurisprudencia Penal de la CIDH

JIMENA NÚÑEZ

CAPÍTULO IX:

La responsabilidad del Estado argentino y el reiterado incumplimiento de las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia penal juvenil 229

1. El fallo “Bulacio”: La primera sentencia condenatoria al Estado argentino por la falta de un Régimen de Responsabilidad Penal Juvenil 229

1.a) *La situación fáctica* 229

1.b) *La actitud tomada por el Estado argentino. Las detenciones discrecionales de la Policía Federal* 231

1.c) *La resolución de la Corte Interamericana: la exhortación al Estado argentino para que derogue el decreto-ley 22.278* 233

1.d) *Algunas conclusiones preliminares* 235

2. A propósito del fallo “Mendoza”: El desconocimiento del Estado de los Derechos Humanos de la Infancia. Las penas a cadena perpetuas de personas menores de edad 237

2.a) *La situación fáctica* 237

2.b) *La actitud tomada por el Estado argentino: La tardía reacción y la condescendiente respuesta del Estado argentino a las condenas a cadena perpetua de personas menores de edad* 239

2.c) *La resolución de la Corte Interamericana: una nueva exhortación al Estado argentino para que derogue el decreto-ley 22.278 y adecue sus normas internas al derecho internacional* 242

2.d) *Algunas conclusiones preliminares* 243

ANEXO I.

Listado y sumarios de los fallos analizados 249

ÍNDICE ABREVIATURAS 325

BIBLIOGRAFÍA 327

Criterios de selección de los fallos

A. CRITERIOS DE SELECCIÓN Y OBJETIVOS DE TRABAJO

La jurisprudencia recabada en el presente trabajo, responde a los fallos publicados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en materia de personas menores de edad, en el período comprendido entre 2003 y 2013.

Este recorte temporal responde al hecho de que durante dicho plazo la composición de la CSJN no ha variado.

Se ha decidido dejar afuera de análisis los siguientes fallos:

1. Los fallos que refieren a cuestiones de competencia, que solo remiten a resoluciones de instancias anteriores y en los que no se identifican los antecedentes¹.
2. Los fallos que se resuelven en igual sentido que fallos anteriores y a los que la CSJN meramente manifiesta que “se remite al fallo mencionado en honor a la brevedad”.
3. Los fallos de inadmisibilidad en virtud de que responden, en la mayoría de los casos, al incumplimiento de requisitos formales

¹ Una excepción a esta regla refiere a un fallo de competencia del año 2014. Esta incorporación responde al hecho de que dicho fallo es posterior a la condena internacional al Estado argentino en el fallo de la CIDH “Fornerón” (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “Fornerón e hija vs. Argentina”. Sentencia 27 de abril de 2012).

4. Los fallos que rechazan el tratamiento del planteo del Recurso Extraordinario o Recurso de Queja, haciendo uso de las facultades conferidas por el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación². Se exceptúan los fallos en los que alguno de los jueces haya votado en disidencia abordando la temática de fondo.

Del total de la jurisprudencia seleccionada, que suma 36 fallos, la distribución en la temática es la siguiente:

Materia Civil. 29 fallos

- A. Adopción y restitución: 16 fallos (8 corresponden a casos de Adopción y 8 corresponden a casos de Restitución).
- B. Abogado del niño: 3 fallos.
- C. Asesor de menores: 4 fallos.
- D. Responsabilidad parental: 1 fallo.
- E. Tenencia, vinculación familiar y filiación: 3 fallos (1 corresponde a tenencia, 1 corresponde a vinculación familiar y 1 corresponde a filiación).
- F. Derecho a la vinculación familiar en caso de madres privadas de su libertad: 2 fallos (1 corresponde a prisión domiciliaria y 1 corresponde a arresto en un centro de detención lejano al domicilio de los niños).

Materia Penal. 9 fallos

- A. Cuestiones vinculadas a la privación de libertad: 3 fallos (1 corresponde a casos de privación de libertad de menores inimputables y 2 corresponden a la internación tutelar).

² Artículo 280 CPCCN: “La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia”.

- B. Cuestiones vinculadas al cómputo e imposición de pena: 3 fallos (1 corresponde a condena y pena excesiva y 2 corresponden a casos de imposición de pena).
- C. Cuestiones vinculadas a las medidas alternativas a la privación de la libertad que impone la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CDN): 1 fallo (corresponde a la suspensión del juicio a prueba).
- D. Cuestiones vinculadas a las garantías procesales: 2 fallos (1 corresponde a la aplicación de la doble instancia recursiva en materia de niñez y 1 corresponde al derecho de defensa en juicio).

OBJETIVOS DE TRABAJO

- 1. Identificar en cada área temática la existencia de un hilo conductor que permita entender el criterio (explícito o latente) de la CSJN que permita comprender la decisión tomada.
- 2. Determinar si los criterios de decisión utilizados, cualesquiera que estos sean, se mantienen coherentes en la resolución de casos similares.
- 3. En caso de que estos criterios no se mantengan coherentes se intentará una hipótesis o explicación específica.

Las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de infancia: entre el tutelarismo y la política¹

Emilio García Méndez

1. Los sentidos de esta investigación. 2. Las ambigüedades. 3. Infancia y democracia: una preocupante asimetría. 4. El carácter diáfano de lo penal. 5. Conclusión paradójica.

“...debemos reconocer que los jueces han dejado de hacer política en el momento en que, gracias a su independencia, han comenzado a considerar la ley igual para todos y aplicarla igualitariamente a todos”.

Luigi Ferrajoli. “Dei Diritti e delle Garanzie. Conversazione con Mauro Barberis”, *Il Mulino*, Bolonia, Italia, 2013, p. 101.

“Se podría decir que la democracia tiene cada vez más necesidad de derechos fundamentales para su propia sobrevivencia”.

Stefano Rodota, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Bari, 2002.

³ El texto de esta introducción se ha beneficiado con los aportes y agudos comentarios de un joven y promisorio jurista, Damián Azrak. A la par que agradezco su colaboración, confirmo que la responsabilidad, especialmente por los errores cometidos, es de mi exclusiva responsabilidad. Agradezco a Miguel Cillero la lectura atentísima de este texto, así como sus preciosas sugerencias que no eximen mi exclusiva responsabilidad. Debo también a Ernesto Blanck, mucho más de lo que aquí puedo expresar con palabras.

1. Los sentidos de esta investigación⁴

Esta breve introducción no pretende sintetizar, ni mucho menos sustituir la lectura completa y detallada de cada uno de los capítulos que componen este libro. Si pretende, contextualizar y ayudar a entender un texto que en forma paciente y rigurosa intenta practicar un análisis lo más objetivo posible de todas las sentencias, que en materia de infancia, ha proferido la Corte Suprema de Justicia de la Nación entre los años 2003 y 2013. Durante dicho período la composición de la misma ha permanecido prácticamente invariable.

El objetivo inicial consistió en extraer algunas conclusiones, aunque más no sea provisionarias y tentativas, para tratar de comprender las tendencias y los motivos de las decisiones de nuestro máximo tribunal de justicia en un campo específico de la vida jurídica y la vida social: los derechos de la infancia.

Se ha incluido también en esta investigación el análisis de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado argentino. Las condenas del máximo órgano del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en materia de infancia son cuatro. Un record único y absoluto en la región (ver capítulos VII, VIII y IX).

La inclusión de los fallos de la Corte Interamericana adquiere aquí un doble significado. Por un lado, ponen en evidencia el “pronuntario” del Estado argentino en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, por el otro, resaltan, por contraste, el particular atraso de la Corte Suprema argentina en esta materia.

Estos fallos de gran riqueza y rigurosidad técnica, producto del análisis jurídico y no del cálculo inmediatista, cumplen ulteriormente la función pedagógica de mostrar lo que sería una jurisprudencia

⁴ Esta investigación es también y sobre todo el resultado del trabajo de las clínicas civiles y penales de la Fundación Sur-Argentina. Las responsables de ambas clínicas, Laura Rodríguez (clínica jurídica civil) y Jimena Núñez (clínica jurídica penal) son las coautoras de esta publicación. Varias de las sentencias que aquí se analizan son el resultado de la paciente y silenciosa tarea técnico-jurídica de la Fundación Sur-Argentina a través de estas dos jóvenes abogadas.

dencia nacional que sin alardes ni gestos grandilocuentes se tomara simplemente en serio los derechos de la infancia.

Aunque ninguna otra motivación estuvo entre las propuestas iniciales al momento de pensar esta investigación, buena parte de su desarrollo permitió entrever que es probable que la misma posibilidad, también, contribuir a la identificación del tipo de juez y de justicia que nuestra democracia necesita en esta particular etapa histórica.

Este hecho adquiere un valor especial en la presente coyuntura en la medida en que, por diversas razones, nos encontramos nuevamente frente a un ciclo de renovación significativa de la composición de la Corte Suprema. Una renovación, que esta generando un amplio y desordenado debate con énfasis en el perfil de los futuros jueces⁵ y en el que sumado a los argumentos habituales en torno a esta materia, se agregan los diversos balances de la experiencia acumulada en estos últimos 10 años.

La importancia de las sentencias de la Corte en temas de infancia no debería ser subestimada. Las funciones de control constitucional que ejerce o debería ejercer la Corte Suprema, coinciden con la necesidad de constitucionalizar en la vida cotidiana y no solo en la norma, los derechos de la infancia.

En otras palabras, se trata de hacer realidad el tan declamado principio de que los niños deben poseer todos los derechos de los

⁵ Un ejemplo parcial, aunque a mi juicio representativo de este debate, lo constituye un interesante artículo periodístico de Jorge Sebastián Elías, aparecido en el diario La Nación el 22 de noviembre de 2014 bajo el título “Los Jueces que la Corte necesita” (Disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1746078-los-jueces-que-la-corte-suprema-necesita>), en él se realiza una clasificación de los distintos tipos de jueces, colocándose a Argibay y Zaffaroni como dos extremos en función del mayor o menor nivel de apego a la letra de la ley. Es decir, su mayor o menor apego al principio de legalidad. En esta clasificación, mientras se coloca a Argibay en el primer grupo, se ubica claramente a Zaffaroni, como prototipo del juez “creativo” en el segundo. Esta afirmación que se sostiene si tomamos el conjunto de los fallos de ambos en general, encuentra una profunda discrepancia en los temas vinculados a la infancia. En este último caso, y muy especialmente en los fallos de naturaleza penal, resulta imposible encontrar alguna diferencia significativa entre ambos jueces.

adultos y, todavía más. Un plus en relación a los mismos. Esta situación no solo a menudo no se verifica, sino que además, como podrá apreciarse fácilmente del análisis crítico de las sentencias, resulta que a los niños (casi siempre con la excusa de la protección) se le otorgan aún menos derechos que a los adultos.

2. Las ambigüedades

Peor aún, esta investigación permitió también concluir que incluso desde el punto de vista de la interpretación normativa, las posiciones de la Corte, en materia de infancia, distan mucho del ideal que proponen la Convención y la Constitución Nacional. Pareciera, que en forma ostensiva y provocadora en el caso de algunos jueces (especialmente Carmen Argibay y Raúl Zaffaroni) o en forma callada en el caso de otros, existe una fuerte resistencia a aceptar las conquistas jurídicas que en el plano nacional e internacional se han logrado en estos últimos años en materia de derechos de la infancia⁶.

La cuestión de la infancia, posee en el contexto de las sentencias de la Corte una particular complejidad que no debe pasarse por alto. Si de un lado, las conclusiones a las que se arribe analizando las sentencias en materia de infancia, no pueden ni deben extrapolarse automáticamente a las conclusiones relativas a las decisiones de la Corte en otros campos del derecho, del otro, las divergentes posiciones de la Corte entre los derechos de la infancia y el resto de los temas, no deberían impedir las apreciaciones y

⁶ El caso de Zaffaroni, posee una cierta complejidad ulterior, en la medida en que sus –muy escasos– fallos presentan no solo inconsistencias sino además algunas contradicciones significativas. El carácter macizo y consecuentemente tutelarista y retrogrado en materia penal, excepcionalmente no se verifica en las materias civiles en las cuales existe un mayor apego a la letra y al espíritu de la Convención. Su negativa a aceptar la tenencia automática de la madre en los menores de 5 años (único voto propio en materia civil), así como la consideración de la opinión del niño en un caso de restitución (única disidencia en materia civil) parece ser representativo de lo que aquí se afirma.

conclusiones globales sobre su comportamiento general. Se trata, como se verá, de una Corte nada fácil de caracterizar. Una Corte, al mismo tiempo, astuta y tutelarista.

Es claro que la presente investigación constituye un verdadero recorte entre el conjunto de las materias de las que trata la Corte Suprema. Esto es especialmente, lo que exige las aclaraciones arriba formuladas.

Más allá del contraste con la “vieja” Corte del período menemista, las opiniones predominantemente positivas, en el mundo del derecho en particular y en la opinión pública en general, en torno a la CSJN a partir del año 2003, tienen fundamento y origen en una serie de fallos que sin duda pueden ser considerados como progresistas o, mejor dicho, respetuosos de los compromisos constitucionales.

El fallo “Verbitsky” sobre condiciones de detención, el fallo “Mendoza” sobre contaminación ambiental (Riachuelo), el fallo “Arriola” sobre la no penalización de la posesión de estupefacientes para consumo personal, el fallo “Rizzo” sobre la reforma del Consejo de la Magistratura, entre otros, resultan buenos ejemplos de una posición destinada a garantizar derechos y, reafirmando el principio de legalidad, revertir decisiones arbitrarias del poder político violatorias del texto constitucional⁷.

Más aun, la práctica de las audiencias públicas y de las mesas de diálogo previas a las sentencias remite a la existencia de una novedosa metodología, por lo menos a nivel nacional, destinada no solo a la transformación de los contenidos, sino también a

⁷ La Corte Suprema en el mismo período de análisis que recoge este libro, ha resuelto otros casos, además de los antes citados, en los cuales se puede reconocer no solo un avance de los derechos, sino también, lo que parece particularmente importante, un control judicial sobre los poderes políticos. A modo de ejemplo, podrían citarse los siguientes fallos, entre otros: “ALITT” sobre el derecho a asociación de una organización que lucha por la identidad de las Lesbianas y las transexuales (2006), “FAL” sobre aborto no punible (2012), “QCS”, sobre el alcance del derecho a la vivienda (2012), “Grupo Clarín” vinculado a la libertad de expresión (2013), “UCR de la Provincia de S. del Estero” sobre régimen democrático y elecciones (2013).

establecer procedimientos públicos y democráticos en las formas de producción de la justicia.

Es justamente esto, lo que hace más interesante, por paradójico, el análisis de las posiciones de la Corte en materia de infancia. El tema de las audiencias públicas constituye tal vez un caso extremo. Si por un lado, fueron concedidas y realizadas en algunas oportunidades, especialmente en algunos de los fallos a los que se ha hecho mención explícita, en el fallo “García Méndez-Musa”, resultó el único caso de una audiencia que, luego de concedida y de fijada su fecha de realización fue suspendida “por razones de agenda” y luego nunca más vuelta a convocar.

No se necesita mucha sutileza o perspicacia para concluir que un desaire de esta naturaleza constituye una clara toma de posición en los temas de infancia, así como la negativa cerrada a escuchar puntos de vista no coincidentes con la ideología de la Corte en la materia.

Es claro entonces, que resulta posible afirmar que la Corte asume una postura particular (subjettiva y ostensivamente arbitraria), disociada del conjunto de sus sentencias, en los temas relativos a la infancia.

En este campo, el análisis de los fallos ofrece varios aspectos interesantes. En primer lugar, que solo dos de los miembros de la Corte (Argibay y Zaffaroni) han dedicado una atención especial a estos temas mientras la mayoría de los mismos, tal vez con la única excepción de Fayt, en general, se han plegado a las posiciones de los dos jueces arriba mencionados.

Esta situación discrepante, si de un lado exige un esfuerzo ulterior de análisis y reflexión, del otro no es suficiente, como ya se anticipó, para impedir un juicio de valor sobre lo que podría denominarse una posición global de la Corte.

Por tras del carácter progresista del conjunto de los fallos o de la posiciones caprichosamente retrogradadas en algunas materias específicas de la infancia, resulta posible practicar una caracterización que trasciende los temas discrepantes. El comportamiento global de este tribunal pareciera indicar que se trata de una Corte que, más que estar guiada predominantemente por principios

jurídicos (para empezar los constitucionales), está guiada por un comportamiento políticamente astuto, que en general ha fallado con un ojo mucho más puesto en la coyuntura política y en la correlación circunstancial de fuerzas, que en el estricto principio de legalidad. No se ignora aquí, la repetida afirmación acerca de que todo fallo, especialmente de una Corte Suprema, tiene un sentido político. Sin embargo, pareciera que el carácter “político” de los fallos de esta Corte excede con creces, lo que aquí y en cualquier lugar pudiera considerarse razonable.

Podría incluso afirmarse, que el carácter “político” es una cuestión de grados. Si así fuera, el carácter predominantemente coyuntural de las posiciones de la Corte, excede largamente su esencia y sentido constitucional y sobre todo violenta su función de garante del funcionamiento de las instituciones.

En la valoración de este hecho, independientemente de que se coincida o no con la caracterización que aquí se hace, debería, tal vez, estar centrado el debate sobre la función de una Corte Suprema en un Estado Democrático de Derecho que pretende consolidarse.

Adelanto desde ya mi apreciación negativa sobre esta característica de la Corte, que encuentra en los temas vinculados con la infancia su peor expresión.

Pero volvamos a nuestro objeto principal de análisis.

3. Infancia y democracia: una preocupante asimetría

El carácter explícitamente contradictorio de los fallos de la Corte, si se consideran especialmente los temas de infancia como aspecto fundamental, pareciera verificar una hipótesis fuerte que puede ser descrita como *la existencia de una profunda asimetría entre infancia y democracia*⁸.

⁸ Sobre la idea de la asimetría entre infancia y democracia, cfr. Emilio García Méndez, “La dimensión política de la responsabilidad penal de los adolescentes en América Latina: notas para la construcción de una modesta utopía”, en García Méndez, Emilio, *Adolescentes y responsabilidad penal*, Ad-hoc, Buenos Aires, 2001, ps. 3-5.

Esta asimetría se configura en la medida en que si de un lado cada vez son más, aquellos que ocupándose de los temas de infancia han perdido la ingenuidad y consideran como variable fundamental de sus análisis y acciones el funcionamiento real del estado democrático de derecho para todos, es decir, de aquellos que se ocupan también de los temas centrales de la agenda política, todavía son pocos aquellos que ocupándose de los problemas mayores del derecho y la política, le otorgan a la infancia la importancia que surge de haber plasmado en la Constitución sus derechos fundamentales⁹.

La Convención de los Derechos del Niño, no solo nos “cambia el futuro” tal como suelen reiterarlo sin mucha creatividad los discursos de ocasión de lo políticamente correcto, muy especialmente durante los aniversarios de la Convención. También y sobre todas las cosas nos cambia el pasado de los derechos de la infancia. Podría decirse aquí que, de modo similar a lo ocurrido con el análisis de la economía del imperio romano a partir de la visión retrospectiva generada por los estudios económicos de Marx, la Convención permitió rever críticamente el discurso declarado de la ideología menorista condensado en la doctrina de la “situación irregular”.

Al partir de un derecho de menores “autónomo” tal como enseñan los textos “clásicos” del “menorismo” tradicional¹⁰, casi exclusivamente escritos por jueces de menores o por otros miembros

⁹ Un ejemplo a mi juicio interesante de esta asimetría, particularmente en el campo judicial lo constituye la escasa o nula atención prestada a los temas de la infancia, especialmente por parte de aquellas organizaciones que han dedicado una sistemática, rigurosa y muy seria atención a las decisiones de la Corte Suprema. Me refiero a los, por otra parte excelentes, informes sobre los fallos de la Corte Suprema realizados por la Asociación por los Derechos Civiles (ADC). Significativa al respecto resulta la publicación de la ADC, “La Corte y los Derechos 2006”, en ella se dedica menos de media página al tema de los derechos de la infancia y en una nota relativa al caso “Maldonado” se hace referencia, sin ningún comentario adicional, a la decisión de la Corte de declarar válida la utilización de penas de adultos para los niños, *op. cit.*, p. 26.

¹⁰ Un texto altamente representativo de la cultura menorista clásica (al que cito por todos ya que los mismos, faltos de creatividad y del menor sentido jurídico, no ofrecen entre ellos ninguna diferencia sustancial) lo constituye el texto de

de los estamentos judiciales, la Convención permitió entender, retrospectivamente, respecto de que se ejercía en esa pretendida autonomía. Esta “autonomía” no resultaba respecto de otra cosa, que del derecho constitucional.

La Argentina no sólo no fue una excepción a la creación y el desarrollo de esta cultura menorista, sino que constituyó la punta de lanza y el lugar privilegiado de producción y difusión de la misma.

La tan explícitamente alabada y vergonzantemente valorada, por el “menorismo” tradicional y por el “neomenorismo” respectivamente¹¹, ley de menores Agote n° 10.903 del año 1919, debe ser también históricamente analizada. Su función, que fue la de entregar la formulación de la política social para los niños pobres a la órbita judicial y no a la de la administración en general, como ha sido la norma para el conjunto de la infancia, sólo puede entenderse cabalmente en su dimensión temporal concreta, haciendo además alusión a la mas grotesca y patética de las leyes argentinas: me refiero a la ley de Residencia 4.144 de 1902¹².

Rafael Sajón, *Derecho de Menores*, prólogo de José Atilio Álvarez y la colaboración de María Angélica Bernard, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995.

¹¹ Mientras la expresión “menorismo tradicional” no precisa a esta altura de ulteriores explicaciones, si creemos que la merece el concepto de “neomenorismo”. Se suele designar con este neologismo nacido en el Brasil, a aquellos que habiendo participado de las reformas legales e institucionales producto de la flagrante contradicción entre las viejas leyes de menores que imperaron a partir de 1919 y los postulados de la Convención de 1989, decidieron posteriormente que se estaba yendo demasiado lejos o demasiado rápido en la consideración de los niños como sujetos de derechos. Esta constatación, muchas veces producto de un grosero oportunismo, provocó una revalorización positiva de la discrecionalidad judicial, así como de un aprecio por posiciones que aun flagrantemente violatorias de la letra constitucional, resultaban “útiles o convenientes” a un “orden” nostálgico del pasado y que se niega a tomar en serio los derechos de la infancia. Las expresiones, “victoria pírrica de los derechos” y “sujetos de castigos”, como supuestas consecuencias negativas de otorgar derechos a los niños, sintetizan como pocas lo que aquí se pretende explicar bajo el concepto de “neomenorismo”.

¹² Mucho se ha escrito sobre la ley de residencia en nuestro país. Sin embargo, el texto más minucioso y riguroso para entender su sentido y larguísima vigencia

Esta ley, que disponía la expulsión automática de los extranjeros “indeseables” (para los dueños del país), encuentra su correlato y continuidad en la mencionada ley Agote. Diecisiete años después de su aprobación los extranjeros “indeseables” comenzaron a tener hijos, tan repudiados como sus padres por los dueños del país, pero que a diferencia de aquellos, eran ciudadanos argentinos y como tal no podían ser expulsados del país como sus padres¹³. La ley Agote cumplió entonces, objetivamente, la función de expulsar a estos niños (convertidos jurídicamente en menores) al interior de las eufemísticamente denominadas instituciones de “protección”.

Esta ideología tutelar permeo con fuerza los estamentos del mundo jurídico y muy particularmente del poder judicial y, por razones que trataremos de explicar, posibilitó su sobrevivencia incluso casi un siglo después. Restos más que importantes de esta ideología pueden encontrarse hoy en las decisiones de nuestro máximo tribunal. Se encuentra aquí, tal vez el más potente de los motivos que explica el carácter prácticamente hegemónico que asumen las posiciones tutelaristas, muy especialmente entre los miembros del poder judicial.

Pero la ideología tutelar no constituye, por así decirlo una ideología¹⁴ exclusivamente jurídica. Su costado jurídico es tributario

sigue siendo el clásico estudio de Carlos Sánchez Viamonte, *Biografía de una ley antiargentina, la ley 4.144*, Near (Nuevas Ediciones Argentinas), Buenos Aires, 1956.

¹³ Esta función de control homogeneizador represivo sobre el proceso inmigratorio resulta llamativamente similar, o mejor dicho idéntica, a la cumplida por los primeros tribunales de menores del mundo en los EE.UU. de fines del siglo XIX. “From its inception, the juvenile court sought to assimilate, integrate, Americanize, and control the children of immigrants pouring into the industrial centers of the East and Midwest”, cfr. Barry Feld, *Juvenile Justice Administration in a nutshell*, West Academic Publishing, 3^o edición, 2009.

¹⁴ Aclaro que no utilizo aquí el concepto de ideología en su concepción marxiana de falsa conciencia y si en el sentido de conjunto de proposiciones y valores que orientan la acción en un momento y un contexto determinado. Sobre esta última concepción cfr. el texto clásico (hoy olvidado) de Karl Mannheim, “Ideologie und Utopie”, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1995, (la primera edición de esta obra es de 1929).

de una ideología donde el paternalismo tutelarista, transversal al pensamiento político, no constituye otra cosa que una versión edulcorada de un marcado clasismo.

Aunque el concepto de “tutelarismo” no necesita de mayores explicaciones, podría decirse que en realidad se denomina así, a una especie de deformación de la tutela de los sectores vulnerables que, pretendiendo proteger personas (y no sus derechos) se constituía en una negación sistemática del principio de legalidad y en una glorificación de la discrecionalidad absoluta en materia de decisiones jurídicas.

Es posible, que el carácter explícitamente conservador de los fallos de la Corte en las materias civiles no constituya otra cosa que una compleja expresión de esa particular ideología. Esta posición se verifica con particular claridad en aquellos temas que en forma más sistemática tienden a involucrar a familias de los sectores vulnerables, tal como adopción y abogado del niño¹⁵.

Por el contrario en temas que tienden a involucrar a familias provenientes de los estratos medios y superiores, tales como la restitución, tenencia y visitas, el comportamiento de la Corte resulta en general mucho más apegado al derecho.

¹⁵ El capítulo I referido a la adopción demuestra que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación han posibilitado avalar adopciones que se han obtenido vulnerando el debido proceso legal, en especial, la inscripción previa en el Registro de Aspirantes a Guarda Preadoptiva. Asimismo, según surge de los fallos analizados, en general, el motivo que imposibilitaba a la familia de origen asumir la crianza de sus hijos era su situación de pobreza estructural.

El capítulo II referido al abogado del niño demuestra que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de modo sistemático, ha vulnerado el derecho de los niños a designar un abogado. La negativa a permitirles a los niños elegir un abogado de confianza se ha verificado, tanto en el supuesto de niños privados de su libertad, como en el caso de las cuestiones tradicionales del derecho de familia, entre ellas tenencia. Sin embargo, esta negativa adquiere una particular transcendencia en el tema de los niños privados de su libertad, pues la defensa técnica debe operar como el límite más importante a las decisiones arbitrarias del Poder Judicial.

En el tema de restitución, en general, se ha favorecido al progenitor que ha actuado de modo legal. Por su parte, en temas de tenencia, se han privilegiado las normas constitucionales sobre las anacrónicas normas del Código Civil. Al respecto, la Corte se ha negado a aplicar el artículo 206 del Código Civil, según el cual, hasta los cinco años los niños deben permanecer junto con sus madres. Finalmente, en temas de visitas se ha tenido en cuenta para decidir, la opinión de los niños involucrados, e incluso se ha solicitado que se les designe abogado.

Podría reiterarse que la caracterización de progresista que en general se realiza de esta Corte, en especial contraponiéndola a la Corte menemista, no puede decirse que se verifique homogéneamente en la jurisprudencia de la misma vinculada a los temas de infancia. A su vez, dentro de los temas de infancia y por las razones que se apuntó, no es posible afirmar que la jurisprudencia de la Corte este exenta de profundas contradicciones.

A las ya problemáticas condiciones materiales por las que atraviesa la infancia en nuestro país, se deben sumar los atrasos y retrocesos en su condición jurídica, producto del capricho y la arbitrariedad de algunos de los miembros de la Corte.

No caben dudas que los avances en este campo, responden mucho más al plano legislativo que al plano jurisprudencial. Incluso dejando de lado el verdadero exabrupto jurídico que consistió en declarar constitucional el régimen penal de la minoridad decreto de la dictadura 22.278 de 1980 a través del fallo “García Méndez-Musa”, digamos que en el plano civil y de familia, con las peculiaridades a las que se ha hecho mención, la posición de la Corte más bien se ha inclinado a resistir o interpretar restrictivamente los avances de las dos leyes, sin duda, más importantes en la materia: la Convención internacional de los derechos del niño y la Constitución Nacional.

Se suma a ello una interpretación, paradójicamente de naturaleza penal, explícita y flagrantemente contraria a derecho de la ley nacional de protección de la infancia 26.061. A pesar de que el artículo 36 de la ley 26.061, prohíbe explícitamente el uso de

la privación de libertad como medida jurídica de protección, la esencia del fallo “García Méndez-Musa”, consistió en convalidar el uso de la privación de libertad como forma de protección¹⁶.

La promiscuidad institucional de algunos jueces de la Corte (en este caso, principalmente Lorenzetti y Highton de Nolasco) de proyectar una reforma como la del código civil sobre la cual luego deberían eventualmente expedirse fijando la última palabra, resulta un ejemplo más que interesante al respecto. No parece que exista, por lo menos en América Latina, algún antecedente de propuestas de reformas legales, sobre todo masivas e importantes, desarrolladas por una Corte Suprema.

Más allá de los avatares político-legislativos de esta reforma, permanece el carácter anómalo arriba señalado además del hecho de que en materia de infancia se mantuvieron buena parte de los contenidos del proyecto original redactado por algunos miembros de la propia Corte. Afortunadamente algunas de las formulaciones más retrogradadas del proyecto original de la Corte fueron mitigadas por el Congreso durante el trámite de aprobación parlamentaria del código civil.

Particularmente representativo de la ideología tutelar-judicial de la Corte, el proyecto original de los jueces permitía, a través de una formulación vergonzante, las guardas de hecho o entregas directas de niños, como paso previo a la adopción¹⁷. Tam-

¹⁶ Artículo 36. “PROHIBICIÓN. En ningún caso las medidas a que se refiere el artículo 33 de esta ley podrán consistir en privación de la libertad conforme lo establecido en el artículo 19”.

El artículo 33 enumera las medidas de protección a la par que el artículo 19 define, utilizando como base las Reglas de las Naciones Unidas para los jóvenes privados de libertad, claramente lo que debe entenderse por privación de libertad.

¹⁷ Se conoce bajo la expresión “entrega directa” o “guarda de hecho”, la práctica de considerar válidos acuerdos entre madres biológicas y futuros adoptantes, violando el requisito previo de inscripción en el Registro de Adoptantes. La versión original del proyecto de Código Civil permitía “excepcionalmente” las entregas directas como paso previo a una adopción, en caso de existencia de vínculo de parentesco o incluso solo “afectivo”. La versión finalmente aprobada por el Congreso Nacional, culminó, tal vez como consecuencia del caso “Fornerón” (ver capítulo VII), prohibiendo las guardas de hecho por vínculo afectivo.

bién permitía la maternidad subrogada o “alquiler de vientres”, lo que finalmente fue sensatamente excluido por el Congreso. Más allá de rebuscadas formulaciones jurídicas amparadas en una supuesta modernidad, cuesta realmente entender que diferencia sustancial existe entre la figura de la “maternidad subrogada” y la lisa y llana compra y venta de niños.

Esta postura, adquiere una importancia especial en la medida en que una sacralización arbitraria e injustificada del Código Civil, una ley con el mismo rango de otras leyes en la materia tales como la ley de Protección de la Infancia 26.061, ha sido utilizada por la Corte para desvirtuar e incluso rechazar avances legislativos específicos en la materia.

La fijación de edades rígidas para establecer la capacidad de los menores de edad¹⁸, la defensa a ultranza de la inconstitucional figura del asesor de menores basándose en el más que centenario artículo 59 del código civil, así como el carácter marcadamente clasista y contradictorio de la jurisprudencia de la Corte en temas de restitución y adopción (capítulos I y III de este libro), son algunos de los ejemplos que abonan nuestras conclusiones. Respecto del último punto, el argumento del “paso del tiempo” para definir el interés superior del niño, de una forma en el caso de las adopciones y de otra forma en el caso de las restituciones internacionales, desnuda como pocos el pensamiento clasista de la Corte.

¹⁸ Es de destacar que los miembros de la Corte Suprema, en su rol de redactores del Código Civil, establecieron que los niños pueden designar abogado, según su capacidad progresiva (artículo 26 del nuevo Código Civil). En contraposición, cuando la Corte tuvo que decidir a partir de qué edad un niño podía designar abogado, lo permitió, a partir de los catorce años, vulnerando el principio convencional de capacidad progresiva. En referencia a la figura del asesor de menores, la nueva redacción del Código Civil mantiene la inconstitucional figura del defensor de menores, en su artículo 103. Por su parte, los miembros de la Corte Suprema han defendido a ultranza la intervención del asesor de menores, bajo pena de nulidad, en todo asunto que afecte o involucre a una persona menor de edad. Finalmente, en referencia a la figura de la adopción, la coherencia ideológica de los miembros de la Corte, en su rol de redactores del Código Civil e integrantes la Corte Suprema ha sido explicada en la nota anterior.

Resulta interesante comprobar, como la peculiar interpretación de la Corte que vincula el interés superior del niño a un “paso del tiempo” que permite subsanar ilegalidades de origen, también se ha verificado en temas de filiación. La denegación de la práctica del ADN a un niño por su estado de hijo de quien no era su padre biológico, constituye un buen ejemplo de esto. Al respecto, en un proceso de divorcio, el demandado ofrece como prueba la realización del análisis de ADN sobre el hijo del matrimonio, para probar el adulterio de su esposa. La Corte deniega la prueba con sustento en el trauma que le ocasionaría al hijo conocer su realidad biológica.

Esta discrepancia adquiere una particular importancia y muestra una combinación de elementos clasistas y tutelares en la jurisprudencia de la Corte. Una combinación que podría ser sintetizada de la siguiente manera: clasismo para los sectores populares y tutelarismo para todos.

4. El carácter diáfano de lo penal

En el campo del derecho, pareciera que la dimensión penal de los problemas sociales, tiene la virtud de permitir apreciar con mayor claridad la ideología que la orienta.

En forma explícita como lo podremos apreciar en el fallo “García Méndez-Musa” o en forma implícita y solapada como puede deducirse del caso “Maldonado” (ambos contenidos en el capítulo VI), estos fallos permiten como pocos comprender el sistema de valores que orientan los fallos vinculados con la infancia, al mismo tiempo que ofrecen la posibilidad de confirmar la caracterización más general del accionar global de la Corte.

Nada puede ser más representativo de la confusa y contradictoria (entre aspectos civiles y penales) ideología de la Corte Suprema en materia de infancia, que el análisis, sobre todo combinado y conjunto de los fallos “Maldonado” y “García Méndez-Musa”.

El fallo “Maldonado” del 7 de diciembre de 2005, alabado en su momento por un interesado y superficial “progresismo”, consistió

en palabras simples en reducir al grado de la tentativa las penas, eso sí de adultos, que se imponen a los menores de edad. Esta decisión caprichosa, discrecional y paternalista, permite desde una mirada condescendiente del problema dejar intacto su núcleo central.

Este fallo, puede entenderse como un ejemplo de manual de una “astucia” política digna de mejor causa, que permitió posponer, por lo menos por un tiempo, la decisión acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del Régimen Penal de la Minoridad de la dictadura. Finalmente, cuando se abordó el problema, en el fallo “García Méndez-Musa”, el régimen penal de la minoridad de la dictadura, fue declarado constitucional. Aparecen aquí, con insólita claridad los verdaderos límites de la “astucia”.

El fallo “Maldonado”, constituyó en realidad una flagrante violación al principio de especialización contenido en los artículos 37 y 40 de CIDN. No cabe dudas, que de todo el texto de la CIDN, pero particularmente en estos dos artículos, la misma toma específicamente partido por un modelo que, siendo eminentemente penal con todos los derechos y garantías que ello implica, opta por una fuerte especialización. La prueba irrefutable es que a la fecha, todos los países de América Latina (con la única excepción de la Argentina), han adoptado con mayor o menor rigurosidad técnica un modelo de justicia penal juvenil que se deriva directamente de la CIDN y de la Constitución Nacional de cada estado.

En el caso de la Argentina podría decirse que se trata de una verdadera tautología en la medida en que la CIDN esta explícitamente incorporada en el artículo 75 inc. 22 de la CN.

Esta tesis crítica del fallo “Maldonado”, por no respetar el principio de especialización que contiene la Convención de los Derechos del Niño, resultó brillantemente expuesta por el jurista chileno Miguel Cillero en la exposición y posterior debate sostenido en la sede de la Fundación Sur-Argentina en agosto de 2014 a propósito de un análisis crítico de los fallos de la CSJN¹⁹.

¹⁹ Este brillante análisis crítico, con el que se coincide totalmente, fue expuesto por Miguel Cillero en un debate organizado por la Fundación Sur-Argentina